

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. POR INCUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE 18 DE JULIO DE 2013, DE REVISIÓN DE PRECIOS DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS (ORLA) DE 2010, Y DE 23 DE OCTUBRE DE 2014, POR LA QUE SE RESOLVIÓ EL CONFLICTO DE ACCESO CNF/DTSA/2494/13

SNC/DTSA/024/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 18 de abril de 2017

Visto el expediente sancionador de referencia, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución de 23 de octubre de 2014 por la que se puso fin al conflicto de acceso interpuesto por BT contra Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste (expediente CNF/DTSA/2494/13)

Con fecha 23 de octubre de 2014, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) aprobó la Resolución sobre el conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A. (en adelante, BT) contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) sobre las condiciones de provisión de circuitos Ethernet de alto coste.

En concreto, en dicho procedimiento se constató que Telefónica, desde octubre de 2010 hasta la fecha de resolución del conflicto, había estado aplicando a BT condiciones diferentes a las establecidas en la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas Terminales (ORLA) para la provisión de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet. Dichas condiciones se referían a, entre otros, el cobro de altos costes sobre los precios regulados en situaciones no contempladas en la ORLA.

SEGUNDO.- Resolución de fecha 8 de octubre de 2015, por la que se sanciona a Telefónica por el incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010 por las que se aprobaron las ofertas de referencia de líneas alquiladas terminales (ORLA) de Telefónica (expediente SNC/DTSA/1821/14)

Mediante acuerdo adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria en la misma fecha de decisión del expediente referenciado en el Antecedente anterior, el día 23 de octubre de 2014, se inició un procedimiento sancionador contra Telefónica por el presunto incumplimiento de las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo, CMT) de 20 de diciembre de 2007, por la que se aprobaba la ORLA de Telefónica (exp. MTZ 2007/219), y de 7 de diciembre de 2010, de revisión de dicha oferta (exp. MTZ 2009/2042), modificada esta última a su vez por la Resolución de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010 (exp. núm. 2013/237).

El citado expediente finalizó con la imposición de una sanción a Telefónica por importe de 5 millones de euros mediante Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 8 de octubre de 2015, por la comisión de una infracción administrativa muy grave y continuada durante el periodo comprendido entre octubre de 2013 y febrero de 2015, por la aplicación y cobro injustificado a varios operadores de altos costes en las cuotas de alta y cuotas mensuales exigibles para la provisión de circuitos en zonas A y B, lo cual se concluyó que constituyó un incumplimiento de las Resoluciones de 20 de diciembre de 2007 y 7 de diciembre de 2010, modificada esta última por la Resolución de 18 de julio de 2013, citadas en el párrafo anterior, incumplimiento tipificado en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

La citada resolución sancionadora fue notificada telemáticamente a Telefónica en fecha 14 de octubre de 2015.

TERCERO.- Resolución de 31 de mayo de 2016, por la que se resuelve el conflicto entre BT y Telefónica sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste (expediente CFT/DTSA/1127/15)

Con fechas 13 y 29 de julio de 2015, BT presentó dos escritos –siendo el segundo escrito de subsanación del primero- mediante el que interpuso un

segundo conflicto de acceso contra Telefónica debido al cobro por esta entidad de altos costes sobre los precios regulados en la ORLA sobre una serie de circuitos instalados con anterioridad y con posterioridad a la Resolución de 23 de octubre de 2014, citada en el Antecedente Primero.

Durante la tramitación del citado conflicto, se constató la existencia de indicios suficientemente razonables de que Telefónica continuaba aplicando altos costes, a través de la facturación de las cuotas mensuales, no sólo sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos objeto del nuevo conflicto, sino también sobre los **[CONFIDENCIAL]** circuitos provisionados a BT que fueron objeto del expediente CNF/DTSA/2494/13.

Es decir, Telefónica no había procedido a cobrar las cuotas mensuales según precios ORLA respecto de los circuitos analizados en la mencionada Resolución de 23 de octubre de 2014, sino que seguía aplicando unas cuotas mensuales no ajustadas a los precios regulados para dichos servicios, con posterioridad a dictarse la Resolución del conflicto referenciado (Antecedente Primero) y la Resolución posterior del procedimiento sancionador (expediente SNC/DTSA/1821/14), indicada en el Antecedente Segundo.

CUARTO.- Incoación del presente procedimiento sancionador

Con fecha 31 de mayo de 2016, se acordó incoar el presente procedimiento sancionador contra Telefónica como presunto responsable directo de una infracción administrativa que puede ser calificada como muy grave, tipificada en el artículo 76.12 de la LGTel y consistente en el incumplimiento de las Resoluciones de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010, y de 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13 (folios 1 a 7 del expediente administrativo).

En la referida resolución se acordó, asimismo, la incorporación de toda la documentación obrante en el expediente CFT/DTSA/1127/15 (folios 81 a 260).

Mediante sendos escritos, de fechas 1 junio de 2016, se procedió a notificar telemáticamente el citado acuerdo a Telefónica (folio 11), así como a la instructora del expediente sancionador (folio 9), dándole a ésta última traslado del citado expediente CFT/DTSA/1127/15 para su incorporación y consideración en el presente procedimiento.

QUINTO.- Escrito de alegaciones de Telefónica

El 4 de julio de 2016 Telefónica presentó su escrito de alegaciones al inicio del presente procedimiento sancionador, oponiéndose al mismo (folios 14 a 33).

SEXTO.- Requerimiento de información a BT

De conformidad con el artículo 16.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), con fecha 22 de julio de 2016 se practicó a BT un requerimiento de información por ser necesario para determinar los supuestos hechos constitutivos de infracción en el marco del presente procedimiento (folios 34 a 37).

Con fecha 19 de agosto de 2016, BT presentó escrito de contestación al citado requerimiento de información (folios 41 a 44).

SÉPTIMO.- Primer requerimiento de información a Telefónica

Analizada la información aportada por BT y resultando necesario determinar los supuestos hechos constitutivos de infracción en el marco del presente procedimiento y su alcance temporal, mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2016 se practicó a Telefónica un requerimiento de información (folios 45 a 48).

Con fecha 5 de octubre de 2016, Telefónica respondió al citado requerimiento, aportando parte de la información requerida (folios 262 a 267).

OCTAVO.- Solicitud de Telefónica de ampliación de plazo y de acceso al expediente

Con fecha 20 de septiembre de 2016, Telefónica solicitó (i) la ampliación del plazo inicial concedido para dar contestación al requerimiento de información practicado por la instructora en fecha 15 de septiembre de 2016, indicado en el Antecedente séptimo, de conformidad con el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y (ii) de forma genérica y sin especificar actos concretos, el acceso a la documentación obrante en el expediente, conforme al artículo 35.a del mismo texto legal (folios 57 a 58).

El día 26 de septiembre de 2016, se concedió a Telefónica una ampliación del plazo para dar contestación al requerimiento de información, siendo el último día del plazo el 4 de octubre de 2016 (folios 59 a 60).

Asimismo, con fecha 28 de septiembre de 2016, se remitió a Telefónica copia del (i) índice del procedimiento a fin de que en su caso solicitase acceso a los documentos que dicho operador estimase necesarios y (ii) de los actos de instrucción realizados en el seno del mencionado procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento del Procedimiento Sancionador (folios 64 a 68).

NOVENO.- Reiteración del primer requerimiento de información

Como se ha indicado en el Antecedente séptimo, Telefónica no remitió toda la información y documentación requerida en el escrito de solicitud de información de 15 de septiembre de 2016. Por ello, en fecha 10 de octubre de 2016, la instructora del expediente reiteró a Telefónica la aportación de la información inicialmente requerida que faltaba (folios 268 a 270).

Telefónica contestó a la citada reiteración del requerimiento de información mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2016 (folios 274 a 280).

DÉCIMO.- Segundo requerimiento de información a Telefónica

Analizada la información y documentación aportada por Telefónica en sus escritos de 5 y 19 de octubre de 2016, mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2016 se practicó un segundo requerimiento de información a Telefónica (folios 281 a 283).

Telefónica contestó al citado segundo requerimiento de información mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2016 (folios 287 a 292).

UNDÉCIMO.- Declaración de confidencialidad para Telefónica

Mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2016, y previa solicitud por parte de Telefónica, se procedió a declarar la confidencialidad frente a cualquier tercero excepto BT de una serie de aspectos de sus escritos de contestación a los requerimientos de información de fechas 5 y 19 de octubre y 25 de noviembre de 2016, aportados durante la instrucción del presente procedimiento sancionador (folios 293 a 296).

DUODÉCIMO.- Declaración de confidencialidad para BT

Mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2016, y previa solicitud por parte de BT, se procedió a declarar la confidencialidad frente a cualquier tercero excepto Telefónica de una serie de elementos de su escrito de contestación al requerimiento de información de fecha 19 de agosto de 2016, aportado durante la instrucción del presente procedimiento sancionador (folios 300 a 302).

DECIMOTERCERO.- Propuesta de resolución y escrito de alegaciones de Telefónica a la misma

En fecha 23 de enero de 2017 se notifica a Telefónica la propuesta de resolución del presente procedimiento, efectuando dicho operador alegaciones a la misma mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2017.

DECIMOCUARTO.- Finalización de la Instrucción y elevación del expediente a la Secretaría del Consejo

Por medio de escrito de fecha 24 de febrero de 2017, el Instructor ha remitido a la Secretaría del consejo de la CNMC la Propuesta de Resolución junto con el resto de documentos y alegaciones que conforman el expediente administrativo.

DECIMOQUINTO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) y del artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto (en adelante, Estatuto Orgánico de la CNMC), la Sala de Competencia de la CNMC ha acordado informar favorablemente y sin observaciones el presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente y de las actuaciones practicadas ha quedado probado, a los efectos de este procedimiento, el siguiente hecho:

ÚNICO.- Telefónica ha estado aplicando condiciones de altos costes, durante el periodo comprendido entre el día 15 de octubre de 2015 y el día 30 de junio de 2016, a través de la facturación de las cuotas mensuales de determinados circuitos Ethernet provisionados a BT

Como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Segundo, Telefónica fue sancionada por esta Comisión por Resolución de fecha 8 de octubre de 2015 – en el expediente SNC/D TSA/1821/14- por la comisión de una infracción administrativa muy grave y continuada durante el periodo transcurrido entre octubre de 2013 y febrero de 2015, por la aplicación y cobro injustificado a varios operadores de altos costes en las cuotas de alta y cuotas mensuales exigibles para la provisión de circuitos en zonas A y B, entre otras conductas. Dicha resolución sancionadora fue notificada telemáticamente a Telefónica en fecha 14 de octubre de 2015.

A raíz de la tramitación del expediente CFT/D TSA/1127/15, se constató que Telefónica seguía cobrando altos costes en los circuitos analizados en el anterior expediente sancionador –tal como se señaló en la Resolución de 31 de mayo de 2016-. Siendo esto así, las actuaciones de instrucción del presente procedimiento han partido de la relación de todos los circuitos Ethernet en los que quedó probado –en el seno del procedimiento sancionador núm. SNC/D TSA/1821/14- que Telefónica aplicó y cobró injustificadamente a BT altos costes en las cuotas de alta y cuotas mensuales para la provisión de circuitos de zonas de cobertura A y B, con el objeto de comprobar si Telefónica

ha continuado o no, desde el día 15 de octubre de 2015 –día siguiente al de la notificación a Telefónica de la Resolución del expediente SNC/DTSA/1821/14- hasta la actualidad, aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales sobre los citados circuitos Ethernet provisionados a BT.

El número total de circuitos Ethernet es **[CONFIDENCIAL]** y se detalla en un documento en formato Excel adjunto a la presente resolución como Anexo 1 **[CONFIDENCIAL]**.

Este listado detallado de circuitos, que ha sido confirmado por BT y Telefónica mediante sus respectivos escritos de 19 de agosto y 5 de octubre de 2016, ha sido analizado durante la instrucción del procedimiento con el objeto de comprobar si Telefónica ha continuado o no, desde el 15 de octubre de 2015 – día siguiente a la notificación de la resolución que ponía fin al expediente SNC/DTSA/1821/14- hasta la actualidad, aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales sobre los citados circuitos Ethernet provisionados a BT.

Del análisis de los mencionados **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet, se ha constatado lo siguiente:

- **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet fueron anulados antes del inicio de su provisión por parte de Telefónica a BT¹. Por tanto, estos **[CONFIDENCIAL]** Circuitos Ethernet quedan fuera del ámbito material y temporal del presente procedimiento.
- Telefónica ha aplicado precios regulados ORLA en las cuotas mensuales de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet pertenecientes a la zona de cobertura Ethernet A provisionados a BT, ya que se ha podido comprobar que Telefónica únicamente aplicó a tales circuitos altos costes en la cuota de alta exigible para su provisión, pero no posteriormente.

Así, se ha podido comprobar con respecto a estos **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet que:

- o Únicamente **[CONFIDENCIAL]** circuitos continúan en servicio, es decir, están siendo provisionados por Telefónica a BT².
- o Los restantes **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet –cuyo detalle se especifica a continuación- ya no están en servicio y por tanto, no están siendo provisionados por Telefónica a BT en la actualidad, al haber sido dados de baja por el segundo operador, de los cuales:

¹ Se trata de los circuitos con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**.

² Se trata de los circuitos Ethernet con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**.

- La baja de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet se produjo con anterioridad al día 15 de octubre de 2015³.
- Los **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet restantes fueron dados de baja con posterioridad al día 15 de octubre de 2015⁴.

Como se ha señalado anteriormente, Telefónica fue sancionada por Resolución de 8 de octubre de 2015 en el expediente SNC/D TSA/1821/14, por la aplicación de altos costes en las cuotas de alta para la provisión de los mencionados circuitos Ethernet. De esta manera y al igual que en el caso de los circuitos anulados, estos **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet quedan fuera del ámbito material y temporal del presente procedimiento.

- Telefónica ha aplicado altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales de los restantes **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet provisionados a BT en zonas de cobertura Ethernet A y B, de los cuales se ha comprobado que:
 - o **[CONFIDENCIAL]** circuitos están actualmente en servicio, de forma que siguen siendo provisionados por Telefónica a BT. Estos circuitos están dentro del ámbito temporal y material del presente procedimiento sancionador.

Sobre estos circuitos Telefónica estuvo aplicando condiciones de altos costes en las cuotas mensuales hasta el 30 de junio de 2016. A este respecto, BT afirmó en su escrito de 19 de agosto de 2016 que desde el día 1 de julio de 2016 Telefónica está aplicando precios regulados ORLA a estos circuitos Ethernet. Esta misma fecha ha sido confirmada por Telefónica en sus escritos de 5 y 19 de octubre de 2016.

Asimismo, las facturas emitidas por Telefónica a BT para los meses de junio y julio de 2016, que han sido aportadas al expediente por el primer operador junto a su escrito de fecha 5 de octubre de 2016, han permitido constatar que **(i)** hasta el día 30 de junio de 2016 Telefónica estuvo aplicando altos costes en la facturación de las cuotas mensuales de estos circuitos y **(ii)** desde el día 1 de julio de 2016, Telefónica está aplicando precios regulados ORLA sobre dichos circuitos Ethernet.

En el Anexo 2 **[CONFIDENCIAL]** de la presente resolución se detallan los circuitos Ethernet mencionados, indicándose a su vez el

³ Este es el caso de los circuitos Ethernet con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**.

⁴ Este es el caso de los circuitos Ethernet con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**.

alto coste aplicado por Telefónica y el precio regulado ORLA que, a juicio de esta Comisión y como se determinó en los expedientes CNF/DTSA/2294/13 y CFT/DTSA/1127/15 citados en sede de antecedentes, debería haber sido cobrado por dichos circuitos desde el inicio de su provisión.

- A fecha de la presente resolución, los restantes **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet no están en servicio, es decir, no están siendo provisionados por parte de Telefónica a BT. De ellos, se ha comprobado que:
 - **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet fueron dados de baja con anterioridad al día 15 de octubre de 2015 -día siguiente a la fecha de notificación de la Resolución del expediente sancionador núm. SNC/DTSA/1821/14- por lo que, quedan fuera del objeto temporal y material de aplicación del presente procedimiento⁵.
 - **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet fueron dados de baja con posterioridad al citado día 15 de octubre de 2015 pero con anterioridad al día 30 de junio de 2016 (fecha a partir de la cual empezaron a facturarse los circuitos de acuerdo con precios regulados ORLA, reflejado en el acuerdo con BT) –en distintas fechas indicadas en el Anexo 1 **[CONFIDENCIAL]**-. Este es el caso de los circuitos Ethernet con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**].

Estos circuitos están dentro del ámbito material y temporal del presente procedimiento.

Habiéndose solicitado, Telefónica no ha aportado al expediente las facturas emitidas y pagadas por BT que acrediten que Telefónica haya aplicado precios regulados ORLA en las cuotas mensuales de tales circuitos desde el día 15 de octubre hasta la fecha real de baja de cada uno de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet.

No obstante, estos circuitos se suministraron con condiciones de alto coste y ambos operadores han confirmado la aplicación de estas condiciones en la información que han aportado en sus escritos de alegaciones. Más aun, solicitada información adicional a Telefónica sobre la fecha desde la que empezó aplicar, en caso de que así haya sido, precios regulados ORLA sobre los circuitos actualmente dados de

⁵ Son los circuitos Ethernet con código administrativo núm. **[CONFIDENCIAL]**].

baja, la respuesta del operador en su escrito de 19 de octubre de 2016 fue contundente: *“la regularización económica, tal y como informamos en nuestro anterior escrito de fecha 5 de octubre de 2016, se produjo el día 1 de julio de 2016”*.

Por tanto, se concluye que Telefónica ha aplicado altos costes a través de la facturación mensual de estos **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet desde el día 15 de octubre de 2015 hasta la fecha de baja de cada uno de ellos, declarada por él mismo.

- **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet han sido migrados a nuevos puntos de conexión Ethernet durante el año 2016, siendo el tipo de migración *“migración por central frontera”* tal como indica Telefónica en su escrito de fecha 25 de noviembre de 2016.

En el Anexo 3 **[CONFIDENCIAL]** de la presente resolución se identifican estos circuitos Ethernet provisionados tanto en zona A como B que han sido migrados a nuevos puntos de conexión Ethernet.

Se ha constatado que la fecha de alta, esto es, de provisión, de **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos migrados a nuevos puntos de conexión señalados se ha producido con posterioridad al día 30 de junio de 2016.

Por este motivo, durante la instrucción del procedimiento se requirió a Telefónica copia de determinadas facturas mensuales emitidas para cada uno de los circuitos Ethernet migrados al objeto de comprobar si Telefónica ha continuado aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales de tales circuitos Ethernet hasta la fecha de su migración con posterioridad al día 30 de junio de 2016.

Telefónica no ha aportado las facturas requeridas porque, según afirma en su escrito de 25 de noviembre de 2016, éstas **[CONFIDENCIAL]**⁶.

A fecha de la presente resolución, la propuesta de facturación remitida por Telefónica a BT ha permitido constatar únicamente que Telefónica no ha manifestado su intención de aplicar altos costes a través de las facturas mensuales de los **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet migrados con posterioridad al día 30 de junio de 2016. Por ello, se considera

⁶ El subrayado es nuestro.

que a partir de la migración de estos circuitos Telefónica no aplicó –o no consta que aplicase- altos costes.

Conclusiones del Hecho Probado

En definitiva, Telefónica ha continuado aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales en [CONFIDENCIAL] circuitos Ethernet provisionados a BT tanto en zona de cobertura Ethernet A como B desde el día 15 de octubre de 2015 –día siguiente al de la notificación de la Resolución de 8 de octubre de 2015 en el expediente sancionador núm. SNC/DTSA/1821/14-, hasta las fechas siguientes: (i) hasta el día 30 de junio de 2016 [CONFIDENCIAL] circuitos; (ii) hasta fechas anteriores reflejadas en el Anexo, para [CONFIDENCIAL] circuitos.

A partir del día 1 de julio de 2016 Telefónica está aplicando precios regulados ORLA sobre los [CONFIDENCIAL] circuitos Ethernet actualmente en servicio.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del procedimiento

Este procedimiento tiene por objeto analizar el posible incumplimiento por parte de Telefónica de las Resoluciones de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010, y de 23 de octubre de 2014 por la que la Sala de Supervisión Regulatoria resolvió el conflicto de acceso con número de referencia CNF/DTSA/2494/13.

SEGUNDO.- Habilitación competencial de la Comisión para resolver el presente procedimiento sancionador y legislación aplicable

Los artículos 6.5 y 29.1 de la LCNMC atribuyen a la CNMC “*el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos por esta ley [LGTel]*”. A este respecto, el artículo 84 de la LGTel establece la competencia sancionadora en los siguientes términos:

“A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ámbito material de su actuación, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 15 y 16 del artículo 76, infracciones graves tipificadas en los apartados 11, 27, 28, 35 y 36 del artículo 77 e infracciones leves tipificadas en el apartado 4 del artículo 78”.

En aplicación de los preceptos citados, la CNMC tiene competencia para conocer sobre las conductas determinadas en los hechos probados y resolver sobre el incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión.

Concretamente, el artículo 76.12 de la LGTel tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la CNMC [o, anteriormente, la CMT] en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo esta Comisión en el procedimiento arbitral,

Asimismo y de conformidad con el artículo 29.2 de la LCNMC *“[p]ara el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo”*.

De esta manera, la instrucción de los procedimientos sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 25.1.b) de la LCNMC y 18.1 y 21.b) y 22 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual.

Por otra parte, se concluye que el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.2 del citado Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en los artículos 20.2, 21.2 b), y 29.1 de la LCNMC y el artículo 14.1.b) de su Estatuto Orgánico.

Por último, el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por lo establecido en la LCNMC y en la LGTel. Junto a las normas ya citadas, son de aplicación al presente procedimiento la LRJPAC y el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, en virtud de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que establece la aplicación transitoria de la anterior normativa a los procedimientos iniciados bajo su vigencia.

TERCERO.- Tipificación del hecho probado

3.1.- Obligaciones impuestas por la CNMC a Telefónica como operador declarado con poder significativo en el mercado 6

El presente procedimiento sancionador se incoó contra Telefónica porque *“a la vista de la documentación obrante en el citado expediente [expediente núm.*

CFT/DTSA/1127/15⁷] *existen indicios suficientemente razonables de que Telefónica continúa cobrando a BT cuotas mensuales superiores a los precios regulados y establecidos en la ORLA para la provisión de [CONFIDENCIAL] circuitos Ethernet contratados”.*

A continuación, se reproduce sumariamente en primer lugar la regulación a la que está sujeta Telefónica, como operador declarado con poder significativo en el mercado 6.

3.1.1 Obligación de Telefónica de proporcionar circuitos Ethernet

El servicio mayorista de líneas alquiladas terminales pone a disposición de los operadores que lo solicitan una capacidad de transmisión permanente hasta las dependencias de los usuarios finales, conectándolos con los puntos de presencia de su red a través de la red de acceso de Telefónica. Una característica muy relevante del suministro de las líneas alquiladas es que no es un servicio de uso residencial. Su principal aplicación es conectar diferentes sedes de una empresa o institución.

En la Resolución de aprobación del Mercado 6 se impusieron a Telefónica las siguientes obligaciones regulatorias:

- (i) Obligación de dar acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, a precios regulados en función de los costes de producción (líneas con interfaces tradicionales) o del mecanismo *retail minus* (líneas con interfaces Ethernet),
- (ii) Obligación de no discriminación en las condiciones de acceso a los servicios mayoristas de líneas alquiladas terminales,
- (iii) Obligación de transparencia en la prestación de los citados servicios, incluyendo la obligación de publicar una oferta de referencia, concretamente, la ORLA.

De acuerdo con estas obligaciones y en virtud de las resoluciones aprobadas por la CMT en las tres revisiones que se han llevado a cabo del mercado 6, Telefónica tiene la obligación de suministrar a otros operadores circuitos Ethernet en base a las condiciones técnicas y económicas establecidas en la ORLA.

Como se ha señalado anteriormente, el texto de la ORLA vigente en el momento de realizarse el hecho infractor fue aprobado mediante Resolución de la CNMC de fecha 23 de julio de 2015, y en esta oferta se detallan las condiciones técnicas de provisión de los citados servicios mayoristas (ORLA 2015).

⁷ Véase Antecedente de hecho tercero.

3.1.2 Centrales y zonas de tarificación de la oferta Ethernet

El apéndice 1B de la ORLA⁸, titulado “Centrales cobertura y zonas tarificación oferta Ethernet”, establece las centrales en las que Telefónica está obligada a suministrar circuitos Ethernet, que coinciden con aquellas en las cuales Telefónica está prestando servicios minoristas basados en dichos circuitos. Dichas centrales se encuentran divididas en dos zonas: (i) la zona A, que abarca centrales con área de cobertura estándar, en las cuales existe una elevada disponibilidad de fibra óptica de acceso y desde las que, por tanto, se han de proveer circuitos aplicando los precios (calculados según una metodología *retail minus* y no de orientación a costes) y niveles de calidad regulados en el anexo 3 **[CONFIDENCIAL]** y en el apartado 4 de la ORLA, respectivamente, y (ii) la zona B, dónde no se cumplen estas condiciones y para cuya cobertura Telefónica ha de seguir una serie de principios regulados en dicha oferta mayorista.

El listado de centrales Ethernet ha de ser actualizado regularmente por parte de Telefónica, determinando unilateralmente la adscripción de dichas centrales a la zona A o zona B, según las condiciones establecidas en la ORLA para su clasificación. Telefónica debe comunicar dichas actualizaciones tanto a esta Comisión como a los operadores a los que suministra líneas alquiladas.

3.1.3 Precios del suministro de circuitos Ethernet y situaciones de alto coste

Si bien en la ORLA se determinan los precios estándar para el suministro de los circuitos Ethernet, en el apartado 3.1 de la oferta se regulan una serie de condiciones bajo las cuales ciertas solicitudes pueden conllevar un sobrecoste para el peticionario –denominado “alto coste”- al considerarse que para ellas las condiciones estándar pueden no ser razonables para Telefónica. La calificación de un circuito como de alto coste conlleva el establecimiento de un precio superior a los precios estándar regulados en la ORLA para su provisión, así como un procedimiento específico para la notificación del alto coste, en el que Telefónica ha de indicar y justificar detalladamente las específicas condiciones de prestación del servicio que entiende ha de aplicar y negociar de buena fe con el operador alternativo sobre dichas condiciones.

Como se señalaba con anterioridad, los precios ORLA vigentes en el período analizado en este procedimiento eran los aprobados por Resolución de 18 de

⁸ Recogido en la ORLA 2007, en la ORLA 2010, en la modificación de precios de la ORLA de 2010 aprobada en el 18 de julio de 2013 y en la ORLA 2015.

julio de 2013 del Consejo de la CMT⁹, para la prestación de los servicios mayoristas regulados de líneas terminales y troncales, excepto para la ruta submarina troncal Península-Melilla.

Como ya ha expuesto ampliamente la CNMC en varias de sus resoluciones, entre las que procede destacar la Resolución de fecha 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13, el marco regulatorio aplicable a los circuitos de alto coste es el siguiente:

- A) Telefónica sólo puede repercutir alto coste sobre los circuitos asociados a centrales de cobertura (zona) B.
- B) La única causa regulada que justifica el alto coste en la provisión de un circuito es la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

En particular, la CNMC reiteró¹⁰, en la citada Resolución de 23 de octubre de 2014, que Telefónica *“sólo podrá repercutir circuitos de alto coste en las líneas prestadas en cobertura B. En lo que respecta a los circuitos en zona A ya proporcionados a BT desde octubre de 2010, donde se hayan notificado irregularmente situaciones de alto coste, BT tiene derecho a reclamar a Telefónica la diferencia entre el precio aplicado debido a la situación de alto coste y el precio regulado en la ORLA”*.

Asimismo, cabe señalar que, en relación con la provisión de circuitos en zona de cobertura Ethernet B, la CNMC señaló en la mencionada resolución de 23 de octubre de 2014 que *“Telefónica no ha seguido las indicaciones establecidas en la ORLA 2007 y 2010 para la provisión de los circuitos Ethernet, ya que no puede repercutir altos costes por falta de medios inter-central. Por ello, se considera que, por lo que respecta a los circuitos ya proporcionados a BT desde octubre de 2010 con situación de alto coste, debido a la indisponibilidad de medios inter-central, BT tiene derecho a reclamar a Telefónica la diferencia entre el precio aplicado debido a la situación de alto coste y el precio regulado en la ORLA”*.

3.2. Tipificación del hecho probado único

Telefónica había sido sancionada anteriormente mediante Resolución de la CNMC de fecha 8 de octubre de 2015 –en el expediente SNC/DTSA/1821/15– por la comisión de una infracción administrativa muy grave y continuada durante el periodo de octubre de 2013 a febrero de 2015, por la aplicación y cobro injustificado a varios operadores de altos costes en las cuotas de alta y

⁹ Véase expediente AEM 2013/237.

¹⁰ Además de la citada Resolución 23 de octubre de 2014, véase también la resolución de la misma fecha por la que se da contestación a la consulta planteada por Jazztel sobre la facultad de Telefónica de repercutir altos costes a los circuitos Ethernet en zona A de conformidad con la ORLA –expediente CNS/DTSA/1250/14–.

cuotas mensuales exigibles para la provisión de circuitos en zonas de cobertura Ethernet A y B.

No obstante, y pese a la sanción impuesta mediante la citada Resolución de 8 de octubre de 2015, y acuerdo con el Hecho probado único de la presente resolución, Telefónica ha continuado aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales en **[CONFIDENCIAL]** circuitos Ethernet en servicio –de los circuitos por los que ya se impuso una sanción en el expediente citado- provisionados a BT tanto en zona de cobertura Ethernet A como B y sujetos a precios ORLA establecidos en la citada Resolución de 18 de julio de 2013, por no concurrir en su provisión circunstancias de alto coste, desde el día 15 de octubre de 2015 hasta el día 30 de junio de 2016.

Ello supone, de acuerdo con la obligación regulatoria que tiene impuesta Telefónica de proporcionar circuitos Ethernet y de no aplicar condiciones de alto coste, excepto si se cumplen las condiciones reguladas en la ORLA, un claro incumplimiento de las Resoluciones de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010, y de 23 de octubre de 2014, por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13, en la que de modo particularizado se le indicó que debía seguir ofreciendo los servicios objeto del procedimiento a BT en las condiciones y precios establecidos en la citada oferta de referencia.

Así, los circuitos analizados en el presente expediente son parte de los que constituyeron el objeto de la denuncia de BT en aquel conflicto, y sobre los que se pronunció esta Comisión si bien respecto de unas actuaciones acaecidas en un periodo de tiempo distinto (de octubre de 2013 a febrero de 2015) del periodo analizado en la presente resolución (del 15 de octubre de 2015 al 30 de junio de 2016).

Por tanto, la conducta de Telefónica constituye una **infracción administrativa muy grave** tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) 2010 y de 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13.

De forma adicional, procede señalar que el cese de la actividad infractora por parte de Telefónica el día 30 de junio de 2016 está íntimamente relacionado con el resuelve segundo de la resolución que pone fin al expediente CFT/DTSA/1127/15 mediante el que se le prohíbe expresamente emitir facturas por los circuitos objeto de análisis en los expedientes CNF/DTSA/2494/13 y CFT/DTSA/1127/15.

3.3.- Alegaciones de Telefónica en relación con la posible falta tipicidad y antijuridicidad de los hechos imputados

Telefónica señala, en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, que su conducta no puede ser calificada como antijurídica y, por tanto, ser tipificada como una infracción porque *“la provisión de circuitos de alto coste provisionados a BT, tanto en el marco del procedimiento CFT/DTSA/2494/13 como en el procedimiento CFT/DTSA/1127/15, no se realizó al amparo de lo dispuesto en la ORLA, sino al amparo de los términos y condiciones que ambas partes libremente dispusieron bajo el paraguas de contratos privados válidamente celebrados y perfeccionados conforme a derecho”*.

En el mismo sentido se pronuncia Telefónica en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, escrito fechado el 23 de febrero de 2017. En la página 13 de dicho escrito reitera que *“las partes gozan de la prerrogativa de libertad de pactos”*, habiendo pactado Telefónica y BT *“condiciones económicas diferentes de las contempladas en la OBA”*, puesto que, como indica el mismo operador en las páginas 5 a 6 del escrito, *“las ofertas de referencia, entre las que se encuentra la ORLA, no restringen en modo alguno la capacidad de los operadores de suscribir acuerdos privados que regulen la prestación del servicio contemplado en la oferta de referencia”*, reiterándose esta postura en las páginas 18 y 19 del mismo escrito.

Igualmente, Telefónica niega de forma tajante en la página 19 del escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2017 el incumplimiento de la Resolución de 23 de octubre de 2014 ya que, a su parecer, y así lo indica también en su primer escrito de alegaciones a la incoación del presente procedimiento, *“no se imponía obligación alguna a Telefónica de que aplicase los términos ORLA (...) sino que, por el contrario, dicha Resolución vino a reconocer a BT el derecho de reclamarle a Telefónica, cuestión completamente diferente”*.

Telefónica añade en las páginas 16 a 18 de su escrito de 27 de febrero de 2017 que la CNMC no puede actuar como componedor de *“intereses privados en conflicto”*. Si en las relaciones entre las partes de un contrato, como el existente entre dicho operador y BT, surgen discrepancias, al parecer del citado operador, éstas deberán ser solucionadas en las instancias judiciales, para evitar una duplicidad jurisdiccional no deseable.

Las anteriores alegaciones son una reiteración de las que ya realizadas por Telefónica (i) en el seno del anterior procedimiento SNC/DTSA/1821/14, finalizado mediante Resolución de fecha 8 de octubre de 2015, y (ii) durante la tramitación de los expedientes CNF/DTSA2494/13 y CFT/DTSA/1127/15, finalizados mediante Resoluciones de fecha 23 de octubre de 2015 y 31 de mayo de 2016, respectivamente.

En relación con la perfección de los contratos privados entre los operadores, ha de recordarse que no es posible apartarse de los hechos declarados probados en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/1821/15, en el que quedó acreditado que BT y Telefónica no habían pactado condiciones técnicas y

económicas distintas a las reguladas circuito a circuito, conforme al principio de libertad de pactos, con la finalidad de modificar sus acuerdos de adhesión a la ORLA sino que se constató la expresa oposición de BT a la aplicación por parte de Telefónica de condiciones diferentes a la ORLA en los circuitos Ethernet solicitados tanto en zona de cobertura Ethernet A como en zona de cobertura Ethernet B.

De forma adicional, ha de señalarse que las condiciones de provisión de los servicios regulados de Telefónica no son únicamente de carácter privado sino que tienen una esfera jurídico- pública que supervisa esta Comisión, puesto que tales condiciones se han establecido con el objetivo de promover la competencia en el mercado de las líneas alquiladas Ethernet.

En este sentido, es conocida la jurisprudencia¹¹ que, de conformidad con la regulación sectorial, reconoce la existencia de ciertas prerrogativas a esta Comisión con la finalidad última de favorecer la competencia entre operadores. Entre estas prerrogativas se encuentra la de supervisar el comportamiento de los operadores en relación con el cumplimiento de sus obligaciones, garantizar el justo equilibrio contractual entre las partes y salvaguardar el acceso y la interconexión de las redes en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales en beneficio de todos los usuarios.

Concretamente, en el Fundamento Noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2016¹² se recuerda, en relación con los precios de las ofertas de referencia, que *“cabe, en último término, recordar que las facultades de la CNMC deben ejercerse con la finalidad de fomentar la competencia en el sector de las redes de comunicaciones electrónicas (..), con base en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas”*.

En el mismo sentido que el Tribunal Supremo, y también respecto de la fijación de precios correspondientes a ofertas de referencia, la Audiencia Nacional declaró en el Fundamento Tercero de su Sentencia de 11 de octubre de 2016¹³ que *“la Sala estima que el regulador ha actuado en el contexto de referencia, en particular en la fijación de precios, ponderando los valores señalados encaminados a fomentar la competencia en los términos previstos en la Directiva, disponiendo de facultades que le permiten tomar en consideración diversos factores/referencias”*.

¹¹ Véase, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Cont. Adm., Secc. 3ª) de 1 de octubre de 2008 (Recurso de Casación núm. 03/408/2006), de 18 de noviembre de 2008 (Recurso de Casación núm. 03/1633/2006) y de 24 de junio de 2009 (Recurso de Casación núm. 03/380/2007).

¹² Recurso de casación núm. 03/2009/2014.

¹³ Recurso núm. 08/85/2014.

El propio Tribunal de Justicia de la UE ha reconocido la potestad de los reguladores nacionales en la fijación de precios de las ofertas mayoristas, entre otras, en la Sentencia de de 24 de abril de 2008¹⁴.

Por su parte, y en relación con el incumplimiento de la Resolución de 23 de octubre de 2014, se reitera nuevamente que Telefónica, apoyándose en una interpretación literal de los dos primeros resuelve de la citada resolución, pretende eludir su consecuente obligación de aplicar los precios regulados en la oferta mayorista (ORLA) establecidos por la propia CNMC para la prestación de circuitos Ethernet tanto en zona de cobertura A como B en las que no concurre circunstancia de alto coste.

No obstante, como se señala en la Resolución de 31 de mayo de 2016 que pone fin al expediente CFT/DTSA/1127/15, mediante la mencionada Resolución de 23 de octubre de 2014 se reconoció el derecho de BT a (i) que se le aplicaran los correspondientes precios regulados ORLA que son distintos de los precios realmente aplicados, (ii) a reclamar lo indebidamente pagado y (iii) a que no se le siguieran aplicando precios distintos a los precios regulados.

En este mismo sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de noviembre de 2016¹⁵ señala que *“la Comisión debe, sin duda, determinar el comportamiento de los diversos agentes, y le corresponde asimismo conocer y sancionar, en su caso, la negativa a reconocer o cumplir las condiciones económicas a las acuerdos de interconexión o la dispuesta de cuáles fuesen tales obligaciones, que están revisadas y en ocasiones directamente determinadas por la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

En consecuencia, la interpretación de la Resolución de 23 de octubre de 2014 efectuada por Telefónica, tanto en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento como en las alegaciones a la propuesta de resolución del mismo, es errónea e interesada, no habiendo concluido la CNMC lo manifestado por Telefónica en sus escritos de alegaciones, sino algo muy diferente, tal y como se ha acaba de exponer. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2009¹⁶, frente a las alegaciones del operador dominante de una presunta falta de obligatoriedad de las obligaciones económicas impuestas por el regulador, el Alto Tribunal declara que:

“El alegato de la recurrente no puede ser aceptado, pues correspondía al organismo regulador, en sus funciones de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del operador dominante, marcar a éste determinados límites que no podía traspasar en sus relaciones económicas con terceros relativas al servicio telefónico, también en materia de precios. No se trató de un mero

¹⁴ Asunto núm. C-55/06 (caso Arcor). En el apartado 153 de dicha sentencia se dice que: *“De estas disposiciones se desprende que las ANR disfrutaban de una amplia facultad para intervenir en los distintos aspectos de la tarificación por la prestación de un acceso desagregado al bucle local, incluida la modificación de los precios y, por lo tanto, de las tarifas propuestas”*.

¹⁵ Recurso de casación núm. 03/229/2014.

¹⁶ Recurso de casación núm. 03/3943/2006.

recordatorio de las obligaciones generales de Telefónica sino de una orden singular, en atención a una situación dada en un determinado momento, ante la cual el organismo regulador –precisamente para evitar que aquella empresa persistiera en una práctica ilegal- le conminó a abstenerse de realizar ciertas actuaciones”.

Por todo ello, procede desestimar las alegaciones de Telefónica en relación con la posible ausencia de tipicidad y antijuridicidad.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción

4.1.- Concurrencia de culpabilidad en la modalidad de “dolo”

De conformidad con la jurisprudencia recaída en materia de derecho administrativo sancionador¹⁷, no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de la culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la Administración en el artículo 130.1 de la LRJPAC, establece que *“sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”* Como se desprende del precepto anterior, no es necesario el dolo o intención maliciosa para responder de la comisión de una infracción, sino que basta la culpa o imprudencia. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de simple negligencia, entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

La consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que, en el cumplimiento de las obligaciones, ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004¹⁸) y dolosamente quien quiere realizar el tipo de infracción. En la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas podemos encontrar ambos supuestos.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya

¹⁷ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2004 (Recurso de Casación núm. 174/2002).

¹⁸ Recurso contencioso-administrativo núm. 174/2002.

sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del **dolo** cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación jurídica, mientras que el segundo supone querer realizar el hecho ilícito.

En el presente caso, se entiende que la conducta realizada por Telefónica sólo puede ser calificada de dolosa al concurrir los dos componentes exigibles al dolo: el intelectual y el volitivo.

De un lado, concurre el elemento intelectual porque, a pesar de conocer perfectamente su obligación regulatoria de proporcionar circuitos Ethernet y las situaciones concretas en las que puede imputar altos costes a dichos circuitos, Telefónica ha actuado de forma plenamente consciente al aplicar sobrecostes en situaciones no reguladas tanto sobre circuitos Ethernet situados en zona de cobertura A como en zona de cobertura B, lo cual constituye, como se ha señalado en el Fundamento jurídico anterior, un incumplimiento de las Resoluciones de 18 de julio de 2013, de aprobación de la revisión de los precios de la ORLA de 2010, y de 23 de octubre de 2014, por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/D TSA/2494/13.

En particular, Telefónica no ha cumplido los dos primeros resuelve de la citada resolución de 23 de octubre de 2014 que son plenamente ejecutivos para ambas partes y mediante los que se declara a BT el derecho a reclamar a Telefónica el sobreprecio cobrado por ésta para la provisión de circuitos ORLA-E que fueron objeto del expediente. La citada resolución -que fue clara y extensa en su motivación- determinó la indebida aplicación por parte de Telefónica de altos costes sobre los circuitos Ethernet solicitados por BT, acordándose en consecuencia, estimar lo solicitado por dicho operador.

Y, de otro lado, concurre el elemento volitivo porque, Telefónica, como operador declarado con poder significativo en el mercado y con un conjunto de obligaciones regulatorias impuestas en el mercado afectado de líneas terminales alquiladas, es plenamente conocedora de la importancia y los efectos que produce o puede producir su actuación y la importancia que tiene dar cumplimiento a la ORLA y a las resoluciones dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas.

En definitiva, Telefónica tenía perfecto conocimiento de estar llevando a cabo una conducta antijurídica. Concorre en consecuencia el requisito de culpabilidad en la actuación de Telefónica, al quedar probado, a título doloso, su voluntad de llevar a cabo la conducta reprochada (elemento volitivo), siendo plenamente consciente de su incumplimiento (elemento intelectual).

En este sentido, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de mayo de 2015¹⁹ la Sala señaló claramente que:

La Sala estima, sin embargo, que la actora -y esto también se ha dicho en anteriores ocasiones- está sujeta con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con una relación especial de sujeción, siendo conocedora, por eso mismo y por el giro o tráfico de su actividad, del preciso ámbito jurídico y tecnológico en el que opera, por lo que no puede sostenerse falta de culpabilidad, en este caso una conducta intencional cuando existe un amplio elenco de obligaciones en un concreto ámbito jurídico y tecnológico en el que se inserta la actividad de TESAU, a la que ha de suponerse y se le supone, insistimos, su conocimiento y aceptación, con condicionamientos que asumió en el despliegue de una relación de sujeción especial a la que en el concreto campo que nos ocupa la Administración reprocha.

4.2.- Alegaciones de Telefónica en relación con la culpabilidad

Telefónica, tanto en su escrito de alegaciones a la incoación del procedimiento sancionador como en las páginas 21 a 25 de su último escrito de alegaciones a la propuesta de resolución fechado el 23 de febrero de 2017, señala que no concurre en el caso que nos ocupa el elemento de “culpabilidad” porque entiende que en todo momento ha actuado dentro de la más estricta legalidad y ajustándose a las condiciones contractuales pactadas con BT.

Sin embargo, y como se ha señalado anteriormente, Telefónica ha actuado de forma dolosa, considerando que la CNMC había destacado en diferentes resoluciones²⁰ las circunstancias justificativas de alto coste en base a la distinción entre zonas de cobertura Ethernet A y B, lo que hace que, en este caso concreto, el no respeto por parte de Telefónica de sus obligaciones revista especial gravedad.

Por otro lado, la condición de operador dominante en el mercado de Telefónica implica que dicho operador deba conocer la regulación aplicable, según se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013²¹:

“Telefónica, precisamente por su condición de operadora dominante y sus circunstancias empresariales, estaba en situación de contar con los recursos económicos y jurídicos para conocer la ilegalidad de su comportamiento y de las consecuencias dañosas para la competencia que del mismo podían derivarse”.

¹⁹ Recurso cont.adm. núm. 08/462/2012.

²⁰ Véase a título de ejemplo la Resolución de fecha 23 de octubre de 2014 por la que se da contestación a la consulta planteada por Jazztel sobre la facultad de Telefónica de repercutir altos costes a los circuitos Ethernet en zona A de conformidad con la ORLA –expediente núm. CNS/DTSA/1250/14-.

²¹ Recurso de Casación núm. 03/4037/2010.

Tal y como consta en la Resolución de 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13, la CNMC ya señaló con nitidez que Telefónica estaba aplicando sobrecostes a los circuitos provisionados a BT de forma contraria a lo establecido en la ORLA. Por este motivo, en el resuelve cuarto de dicha resolución, se acordó que se iniciaría un procedimiento sancionador contra Telefónica por presunto incumplimiento de las resoluciones de aprobación y modificación de la ORLA, el cual fue incoado el mismo 23 de octubre de 2014, a través de otro acuerdo adoptado por la Sala de Supervisión Regulatoria y resuelto, el día 8 de octubre de 2015, concluyendo sobre la comisión de la infracción.

Por lo expuesto, procede desestimar la alegación de Telefónica en relación con la ausencia de culpabilidad.

QUINTO.- Consideración del hecho probado como infracción continuada

5.1.- Características de la infracción continuada y aplicación a la conducta imputada a Telefónica

El artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento Sancionador establece en relación con el “*Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas*” que:

“(…) será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004²² ha interpretado las condiciones requeridas para apreciar la concurrencia de una infracción continuada:

“Para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos

²² Recurso de Casación núm. 03/6573/2001.

ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.”

De la aplicación de los tres requisitos establecidos por la jurisprudencia para determinar la existencia de infracción continuada, se concluye que la infracción imputada a Telefónica en este supuesto concreto **debe ser calificada como continuada**, puesto que:

- En primer lugar, y a lo largo de esta resolución ya se ha descrito con detalle la existencia de una pluralidad de acciones (aplicación de precios indebidos) y de omisiones (omisiones de observancia de las resoluciones de la CNMC), realizadas por parte de Telefónica ya que desde el 15 octubre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 ha continuado aplicando indebida y reiteradamente altos costes en las cuotas mensuales de los circuitos Ethernet prestados a BT tanto en zona de cobertura Ethernet A como B, haciendo caso omiso de la regulación de la CNMC en este aspecto.
- En segundo lugar, Telefónica ha sido plenamente consciente de que con su actuación estaba incumpliendo las resoluciones de 18 de julio de 2013, de aprobación de la revisión de los precios de la ORLA de 2010, y de 23 de octubre de 2014, por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13, dado el mandato claro contenido en esta Resolución, al haber continuado aplicando altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales de los circuitos Ethernet prestados a BT durante el citado periodo temporal.
- En tercer lugar, existe unidad del precepto legal vulnerado, que es el artículo 76.12 de la LGTel, el *“incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas (...).”*

5.2.- Alegaciones de Telefónica

En las páginas 25 a 28 de su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, fechado el 23 de febrero de 2017, Telefónica niega la existencia de infracción continuada sobre la base de los mismos argumentos (libertad contractual y presunta inexistencia de obligación de respetar los precios de la ORLA fijados por esta Comisión) ya utilizados por dicho operador para negar la concurrencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la conducta imputada y acreditada, argumentos a los que se ha hecho referencia y contestado anteriormente en esta misma resolución.

SEXTO.- Criterios de graduación de la sanción

En este apartado se procede a analizar, de acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 80 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

El artículo 80 de la LGTel establece que la cuantía de la sanción que se imponga se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.*
- b) La repercusión social de las infracciones.*
- c) El daño causado y su reparación.*
- d) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.*
- f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.*
- g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.*

2. Para la fijación de la sanción se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan. (...)

Por su parte, el artículo 131.3 de la LRJPAC señala que:

“En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

En relación con la conducta antijurídica realizada, se considera que concurren los siguientes criterios de graduación en la comisión de la infracción continuada analizada en el presente procedimiento sancionador.

- Reiteración

El artículo 131.3.c) de la LRJPAC se refiere a la *“existencia de intencionalidad o reiteración”* como criterio que ha de tenerse en cuenta para graduar la sanción a imponer. Asimismo, el artículo 79.4 de la LGTel señala que *“tendrá la consideración de incumplimiento reiterado la sanción definitiva de dos o más infracciones del mismo tipo infractor en el periodo de tres años”*. El tipo infractor

aplicado, en este caso concreto, es el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa o de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 82 de esta Ley dictadas por esta Comisión.

Procede recordar nuevamente que Telefónica ha estado eludiendo la obligación regulatoria que tiene impuesta de aplicar los precios regulados ORLA para la prestación de circuitos Ethernet. Por este motivo, el resuelve cuarto de la Resolución de 23 de octubre de 2014 acordó que se incoaría un procedimiento sancionador contra dicho operador por presunto incumplimiento de las resoluciones de aprobación y modificación de la ORLA, el cual fue incoado el mismo día 23 de octubre de 2014, a través de otro acto de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Telefónica ya fue sancionada anteriormente por esta Comisión por Resolución de fecha 8 de octubre de 2015 –en el expediente SNC/DTSA/1821/15- por la comisión –igualmente- de una infracción muy grave durante el periodo de octubre de 2013 hasta febrero de 2015 por la aplicación injustificada de condiciones distintas a las reguladas en la ORLA para la provisión de los circuitos Ethernet en zonas A y B solicitados por varios operadores. Es decir, Telefónica aplicaba, entre otras, condiciones de alto coste en las cuotas de alta y cuotas mensuales exigibles para la provisión de circuitos en zonas A y B en situaciones no reguladas en la ORLA, tal y como también ha sido acreditado en el presente procedimiento.

Y la sanción impuesta por Resolución SNC/DTSA/1821/15 de 8 de octubre de 2015 no es la única sanción impuesta a Telefónica en los tres años anteriores a la comisión de los hechos objeto del presente procedimiento por aplicación del tipo del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo. También fue sancionado dicho operador por el mismo tipo infractor en las Resoluciones de esta misma Sala de 28 de enero de 2014 (RO 2013/708)²³ y 23 de julio de 2015 (SNC/DTSA/160/15 Telefónica Traslado Centrales). E incluso, con posterioridad a los hechos que han motivado el presente procedimiento, el mismo operador fue objeto de sanción por el mismo tipo mediante Resolución de 15 de diciembre de 2016 (SNC/DTSA/016/15 Telefónica Averías Oba).

De forma que, a pesar de las alegaciones vertidas por Telefónica en las páginas 29 a 30 de su escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2017, este es, efectivamente, el segundo procedimiento sancionador iniciado contra Telefónica (el primero fue el SNC/DTSA/1821/15, finalizado mediante Resolución de 8 de octubre de 2015) por la aplicación indebida de altos costes a través de la facturación de las cuotas mensuales de los circuitos Ethernet prestados a BT tanto en zona de cobertura Ethernet A como B, sujetos a

²³ En ese caso se aplicó el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, cuya naturaleza (infracción muy grave) contenido (incumplimiento de las resoluciones de la CNMC) y finalidad eran equivalentes al actual artículo 76.12 de la Ley 9/2014.

precios ORLA, habiéndose aplicado también a Telefónica el mismo tipo infractor del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo en otras dos resoluciones anteriores (Resoluciones de 28 de enero de 2014 -RO 2013\708- y 23 de julio de 2015 -SNC/DTSA/160/15 Telefónica Traslado Centrales-) y en otra posterior (Resolución de 15 de diciembre de 2016 -SNC/DTSA/016/15 Telefónica Averías Oba-) a los hechos declarados probados e imputados en este procedimiento.

Por este motivo, debe tenerse en cuenta la manifiesta reluctancia de Telefónica a cumplir con las obligaciones regulatorias que tiene contraídas como operador con poder significativo en el Mercado 6, obviando con ello el contenido de la ORLA en la que se detallan las circunstancias que justifican la provisión de circuitos Ethernet en condiciones de alto coste, así como el contenido de la resolución de 23 de octubre de 2014 por la que se pone fin al expediente CNF/DTSA/2494/13, en la que de modo particularizado se le indicó que debía seguir ofreciendo los servicios objeto del procedimiento a BT en las condiciones y precios establecidos en la citada oferta de referencia.

En efecto, tal como ha quedado acreditado a través del Hecho probado único, Telefónica no cesó en la comisión de la conducta infractora con posterioridad a la Resolución de 8 de octubre de 2015 –expediente SNC/DTSA/1821/14-, sino tras la incoación de este segundo procedimiento sancionador, concretamente el día 30 de junio de 2016.

En relación con esta cuestión cabe señalar que el bien jurídico protegido del tipo en virtud del cual se ha incoado el presente procedimiento sancionador - incumplimiento de las resoluciones firmes en vía administrativa dictadas por la CNMC en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, tal como establece el artículo 76.12 de la LGTel- es la “*auctoritas*” de la CNMC, por lo que resulta de especial relevancia el cumplimiento estricto de las resoluciones por ella dictadas.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2006²⁴, ha señalado que:

“la importancia del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inejecución u obstaculización de dichas resoluciones [...].”

Igualmente, procede recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2008²⁵, que ha señalado que:

²⁴ Recurso de casación núm. 03/3898/2004.

²⁵ Recurso de Casación núm. 03/5199/2005.

“1º.- La resolución impugnada señala que el incumplimiento de las decisiones de la CMT compromete gravemente su cometido y, con él, el propio desarrollo del mercado.

(...) Es claro, por tanto, que el incumplimiento de las resoluciones de la CMT ha generado perjuicios graves a la competencia, alterando la transparencia del mercado y el funcionamiento en competencia de los distintos operadores, en definitiva del mercado”.

- **Daños causados a la posición competitiva en el mercado de BT -y a sus clientes empresariales- y a la “auctoritas” de la CNMC en relación con su objetivo de salvaguarda de la competencia sectorial**

También debe tomarse en consideración el daño efectivamente causado al mercado a resultas del comportamiento de Telefónica como circunstancia modificativa a los efectos de la graduación de la cuantía de la sanción a imponer. En efecto, debe atenderse al hecho del mantenimiento de la conducta infractora por parte de Telefónica ha repercutido negativamente sobre la imagen de marca de BT respecto a sus propios clientes -empeorando de este modo su situación competitiva- y también ha originado un perjuicio a los clientes empresariales solicitantes a nivel minorista de las líneas alquiladas Ethernet, al tener que soportar indebidamente la repercusión de los sobrecostes, esto es, condiciones económicas peores de las que podrían haber disfrutado si BT hubiera podido mantener las ofertas realizadas desde un principio en base a los precios regulados en la ORLA.

Aunque Telefónica señale en la página 31 de su escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2017 que BT ha mantenido una cuota de mercado similar en el mercado de comunicaciones de empresas según el Informe Económico Sectorial de las Telecomunicaciones y el Audiovisual 2016²⁶, en el mismo informe citado por el operador se señala también que Telefónica ha aumentado durante ese ejercicio su cuota total de mercado en 2,2 puntos, afianzando, por tanto, su posición de operador dominante con el 55,1% del mercado.

Es más, si en vez de centrarse en un concreto trimestre se efectúa un análisis comparativo de las cuotas de mercado de Telefónica/Movistar y BT durante todo el período de la infracción (15 de octubre de 2015 a 30 junio de 2016) puede observarse cómo la cuota de mercado de Telefónica se incrementa en un punto, mientras que la de BT se reduce en casi dos puntos porcentuales (1,8 puntos).

²⁶ Véase pág.103 del documento en: <http://data.cnmc.es/datagraph/files/Informe%20Telecos%20y%20Audiovisual%202016.pdf>.

Cuota de mercado de los ingresos derivados de la venta de TRANSMISIÓN DE DATOS MINORISTA

Cuota de mercado en %

	2015	2016
	Tercer Trimestre	Segundo Trimestre
MOVISTAR/TELFÓNICA	58,2%	59,2%
BT	22,2%	20,4%
VODAFONE	2,9%	3,8%
COLT	3,6%	3,2%
ORANGE + JAZZTEL	2,8%	3,0%
AT&T	2,0%	2,6%
RESTO	8,2%	7,9%
TOTAL	100,0%	100,0%

Fuente CNMC (informes trimestrales)

Precisamente, han de tenerse en consideración en este apartado las consecuencias lesivas producidas sobre el bien jurídico protegido por el tipo infractor imputado a Telefónica, que es el cumplimiento de las resoluciones dictadas por la CNMC referentes a la ORLA. Unas resoluciones anteriormente citadas en esta resolución cuyo objetivo es la salvaguarda de la competencia sectorial en beneficio de los consumidores, finalidad prevista expresamente en el artículo 68.3.e) LGTel, en relación con las funciones de análisis de los mercados de referencia, identificación de operadores dominantes y la imposición a los mismos de obligaciones específicas previstas en los apartados a), b) y c) del artículo 70.2 de la LGTel.

Por ello, el incumplimiento reiterado por parte de Telefónica de sus obligaciones regulatorias contenidas en la ORLA afecta directamente al ámbito funcional de este organismo (“*auctoritas*”), el cual debe velar por el estricto cumplimiento de sus Resoluciones, tal y como indicó el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 14 de diciembre de 2007²⁷ y 21 de octubre de 2014²⁸:

el menoscabo de la auctoritas de la CMT/CNMC se consume por el simple hecho de no ejecutar sus mandatos, sin que se requiera un dolo específico dirigido a ello ni la existencia de efectos perjudiciales a terceros (...).

²⁷ Recurso de Casación num. 03/1341/2005.

²⁸ Recurso de Casación núm. 03/2319/2011.

Y la salvaguarda de la competencia sectorial, directamente afectada por el incumplimiento de Telefónica, figura como objetivo previsto en el artículo 68.3.e) LGTel en relación con el artículo 70.2 apartados a), b) y c) de la LGTel:

En el desarrollo de las competencias que tengan encomendadas las autoridades nacionales de reglamentación a las que se refiere el apartado 1, aplicarán principios reguladores objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados, con arreglo a los siguientes fines y criterios:

e) Salvaguardar la competencia en beneficio de los consumidores y promover, cuando sea posible, la competencia basada en las infraestructuras.

Y, como se ha acreditado anteriormente, durante el periodo de la infracción imputada a Telefónica, dicho operador ganó cuota de mercado mientras que BT experimentó un retroceso.

No obstante, en el presente procedimiento, esta Comisión considera que tanto el periodo de duración de la infracción como el número de operadores afectados por la misma son menores que en el supuesto del expediente SNC/D TSA/1821/14, que finalizó con la imposición de multa de 5.000.000 € a Telefónica mediante Resolución de fecha 8 de octubre de 2015, por la comisión de hechos de la misma naturaleza.

- Cese de la actividad infractora

De acuerdo con el Hecho probado único, Telefónica ha finalizado la comisión de la conducta infractora tras el inicio del presente procedimiento sancionador, concretamente, el día 30 de junio de 2016.

Por ello, procede aplicar en el presente caso el criterio contenido en el artículo 80.1.g) de la LGTel relativo al “cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador”.

- Situación económica del infractor

Además de lo anterior, se considera oportuno tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LGTel, de conformidad con el cual, se tendrá en cuenta a efectos de determinar la cuantía de las correspondientes sanciones, la situación económica de Telefónica.

Fijándonos sólo en los ingresos en el segmento empresarial obtenidos por esta operadora en el sector empresarial a través de las líneas alquiladas, cabe indicar que, de acuerdo con la información facilitada por Telefónica en su escrito de 5 de octubre de 2016, que coincide con los datos trimestrales de que dispone esta Comisión (CNMC Data), Telefónica durante el cuarto trimestre de

2015 y los dos primeros trimestres de 2016 ha obtenido unos ingresos minoristas derivados de la prestación de servicios de circuitos alquilados empresariales, sin considerar los circuitos minoristas incluidos en ofertas personalizadas, de **[CONFIDENCIAL TODOS]** millones de euros.

Además, por lo que respecta a los ingresos mayoristas de circuitos alquilados, Telefónica ingresó durante el mismo periodo temporal –cuarto trimestre de 2015 y primeros dos trimestres de 2016] -también de acuerdo con la información facilitada por dicho operador en su escrito de 5 de octubre de 2016- “un total de **[CONFIDENCIAL TODOS]** millones de euros, descontando de la componente del servicio de capacidad portadora los ingresos procedentes de Telefónica Móviles España, S.AU”.

Sin embargo, ha de señalarse que esta información no coincide con la información remitida trimestralmente por dicho operador a la CNMC durante el mismo periodo de tiempo. Así, conforme a los datos disponibles en esta Comisión (CNMC Data), los ingresos declarados por Telefónica son **[CONFIDENCIAL TODOS]** millones de euros, cantidad bastante superior a la indicada por Telefónica en su escrito de 5 de octubre de 2016.

Tomando como referencia la información más favorable para Telefónica que es la aportada en su escrito de 5 de octubre de 2016, la suma de los ingresos minoristas de **[CONFIDENCIAL]** euros y de los ingresos mayoristas de **[CONFIDENCIAL]** euros da como resultado que los ingresos obtenidos por Telefónica en el cuarto trimestre de 2015 y los primeros semestres de 2016 mediante la provisión de los circuitos alquilados fueron de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros.

SÉPTIMO.- Cuantificación de la sanción aplicable

7.1.- Límite legal

La LGTel establece unas reglas para fijar la cuantía máxima que puede imponerse en la sanción de las infracciones administrativas, estableciéndose por otra parte también una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la LGTel:

“a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta veinte millones de euros.

Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en las que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tenga competencias sancionadoras se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de 20 millones de euros”.

Por lo tanto, la LGTel fija como límites máximos del importe de la sanción por el incumplimiento de las Resoluciones de 18 de julio de 2013 por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010 y de 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13, (i) el importe no inferior al tanto ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido o (ii) en caso de no poder determinarse el anterior criterio, veinte -20- millones de euros.

Adicionalmente, para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta los criterios de graduación de la sanción señalados en el apartado anterior y lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 131 de la LRJPAC.

7.2.- Aplicación al presente caso de los criterios legales

Para determinar la cuantía de la sanción hay que tener en cuenta el límite legal y los criterios concurrentes para graduar la sanción anteriormente citada, además de lo dispuesto en el artículo 131.2 de la LRJPAC:

“2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso al infractor que el incumplimiento de las normas infringidas.”

En este contexto, *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, Recurso de Casación núm. 4007/1995). Y este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991, RoJ 2740/1991, recurso nº 2834/1990).

La aplicación de estos criterios otorga a esta Comisión un cierto grado de flexibilidad a la hora de fijar la cuantía máxima aplicable en cada caso, respetando así el principio de proporcionalidad y disuasión²⁹.

²⁹ Al respecto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 (Recurso de Casación núm. 60/1995) cuando en el Fundamento de derecho Tercero establece:

[...] tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS. de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990 (RJ 1990, 7558), la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina ésta ya fijada en SS. de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988 (RJ 1988, 2293), dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones al presente caso resultan las siguientes conclusiones:

- a. **El límite máximo de la sanción a aplicar es de 20 millones de euros porque no ha sido posible determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de las conductas antijurídicas imputadas a Telefónica.**

No resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido por la comisión de la conducta antijurídica imputada a Telefónica porque no es posible calcular los beneficios indirectos obtenidos por esta operadora durante todo el periodo temporal imputado como consecuencia de su infracción, derivado de la ventaja competitiva conseguida en el presente caso por el deterioro de la imagen de marca de BT y su pérdida de presión competitiva ante la aplicación indebida de altos costes en las cuotas mensuales de los circuitos Ethernet provisionados a BT.

No obstante lo anterior, de acuerdo con los datos que obran en el expediente sí resulta posible calcular los beneficios directos obtenidos por Telefónica por facturación de las cuotas mensuales de los circuitos de las zonas A y B sobre los que ha aplicado altos costes a BT y finalmente provisionados por Telefónica. En concreto, el importe total del beneficio directo obtenido por Telefónica en relación con los **[CONFIDENCIAL]** desde el día 9 de octubre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 es de **[CONFIDENCIAL]** euros.

Por tanto, y no pudiendo determinar con exactitud el beneficio directo e indirecto derivado de la comisión de la infracción objeto del presente sancionador, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 79.1.a) de la LGTel, conforme al cual, el límite máximo de la sanción a imponer queda fijado en 20 millones de euros.

- b. Se considera que el incumplimiento de Telefónica ha sido tipificado como **infracción administrativa muy grave, dolosa y continuada** dado el periodo de tiempo en que ha durado la misma.
- c. Telefónica fue sancionada mediante Resolución de la CNMC de fecha 8 de octubre de 2015 –en el expediente SNC/DTSA/1821/15- por la

objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción [...].”

comisión de una infracción administrativa muy grave y continuada durante el periodo de octubre de 2013 hasta febrero de 2015, entre otras, por la aplicación y cobro injustificado a varios operadores de altos costes en las cuotas de alta y cuotas mensuales exigibles para la provisión de circuitos en zonas de cobertura Ethernet A y B -sujetos a precios ORLA- ante circunstancias no reguladas en la ORLA.

Se considera, pues, que debe tenerse en cuenta la circunstancia modificativa de **reiteración** ya que ha quedado acreditado a través del Hecho probado único que Telefónica ha continuado aplicando indebidamente altos costes a través de la facturación en las cuotas mensuales sobre los circuitos Ethernet provisionados a BT en zonas de cobertura Ethernet A y B con posterioridad a la Resolución de 8 de octubre de 2015 –expediente SNC/D TSA/1821/14- y únicamente ha cesado en la comisión de la conducta infractora tras la incoación de este segundo procedimiento sancionador, concretamente el día 30 de junio de 2016. No obstante, esta circunstancia relativa al cese de la actuación infractora ha de tenerse en cuenta por exigencia legal. Por otro lado, Telefónica ha sido sancionada también, dentro del período de tres años anterior a la comisión de los hechos objeto del presente procedimiento, por la comisión del mismo tipo infractor del artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, en las Resoluciones de 28 de enero de 2014 (RO 2013/708), 23 de julio de 2015 (SNC/D TSA/160/15 Telefónica Traslado Centrales) y 8 de octubre de 2015 (SNC/D TSA/1821/15). E incluso, posteriormente, Telefónica también ha sido sancionada por el mismo tipo infractor, mediante Resolución 15 de diciembre de 2016 (SNC/D TSA/016/15 Telefónica Averías Oba).

- d. Además de lo anterior, debe considerarse que el mantenimiento de la conducta infractora por Telefónica ha **causado daños** a la imagen de marca de BT -empeorando de este modo su situación competitiva- y perjudicado a sus clientes empresariales al tener que soportar indebidamente condiciones económicas peores de las que podrían haber disfrutado si BT hubiera podido mantener las ofertas realizadas desde un principio en base a lo dispuesto en la ORLA, lo cual ha determinado que BT haya perdido casi dos puntos porcentuales (1,8) de cuota de mercado durante el período infractor.

Asimismo, el incumplimiento reiterado por parte de Telefónica de sus obligaciones regulatorias contenidas en la ORLA ha producido daños al ámbito reputacional de este organismo (“*auctoritas*”), el cual debe velar por el estricto cumplimiento de sus Resoluciones para salvaguardar la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

- e. En cuanto a la **situación económica de Telefónica** se tiene en cuenta a la hora de fijar la sanción que, sólo en el segmento empresarial, esta operadora ha obtenido unos ingresos de **[CONFIDENCIAL]**

millones de euros –como mínimo, sin tener en cuenta la discrepancia en los datos presentados a esta Comisión- durante el cuarto trimestre de 2015 y los dos primeros trimestres de 2016.

- f. Asimismo, conforme al principio de proporcionalidad enunciado en el artículo 131.2 de la LRJPAC, el establecimiento de la sanción debe prever que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

En definitiva, de los principios y límites cuantitativos a que se hace referencia, y atendiendo al principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y 79 de la LGTel, y a la vista también de la cuantía máxima obtenida aplicando los criterios legales, se considera que procede imponer una sanción de tres millones de euros (3.000.000 €) por el incumplimiento de las Resoluciones de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la ORLA 2010 y de 23 de octubre de 2014 por la que se resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13.

Pese a las alegaciones de Telefónica de presunta desproporción de la sanción impuesta, efectuadas en las páginas 29 a 34 de su escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2017, debe señalarse que dicha sanción es muy inferior al límite legal máximo (20.000.000 €) del artículo 79 a) LGTel y también sensiblemente menor a la multa de 5.000.000 € impuesta anteriormente por esta Comisión por hechos de la misma naturaleza mediante Resolución de fecha 8 de octubre de 2015 (expediente SNC/DTSA/1821/14). En el presente procedimiento, esta Comisión ha considerado que tanto el periodo de la infracción como el número de operadores afectados por la misma eran menores que en el supuesto del expediente SNC/DTSA/1821/14, por lo que se ha reducido la sanción aplicada.

Vistos los anteriores antecedentes, hecho probado y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar responsable directo a Telefónica de España, S.A.U. de la comisión de una infracción administrativa muy grave tipificada en el artículo 76.12 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido las Resoluciones de esta Comisión de 18 de julio de 2013, por la que se aprobó la revisión de los precios de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA) 2010 y de 23 de octubre de 2014 por la que se

resolvió el conflicto de acceso CNF/DTSA/2494/13.

SEGUNDO- Imponer a Telefónica de España, S.A.U., una sanción de multa por importe de **tres millones de euros (3.000.000 €)** por la comisión de la anterior conducta.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.